

T-376-14

Sentencia T-376/14

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional

GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS-Reiteración sentencia T-094/13

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR DE DIECIOCHO (18) AÑOS-Sustento constitucional e internacional

DERECHO DE LOS MENORES DE DIECIOCHO (18) AÑOS A SER ESCUCHADOS-Fundamental

El derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los menores de edad, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan.

ADOPCION COMO MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL NIÑO-Procedencia sujeta al cumplimiento del debido proceso y garantías para la familia biológica

La procedencia de la adopción como medida de restablecimiento de derechos estará sujeta al cumplimiento del debido proceso y al agotamiento de todos los medios necesarios para asegurar el cumplimiento de derechos en la familia biológica de los niños, niñas o adolescentes, en aras de proteger la unidad familiar y sin que se logre obtener un resultado adecuado, en conclusión, la declaración de adoptabilidad será la última opción, cuando definitivamente sea el medio idóneo para protegerlos.

ADOPCION COMO MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DEL NIÑO-No se evidenció compromiso de la progenitora y de la familia extensa para conservar a niños dados en adopción

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN PROCESOS DE ADOPCION-No se evidenció compromiso de la progenitora y de la familia extensa para conservar a niños dados en adopción

Referencia: expediente T-3087194.

Acción de tutela instaurada por Lina, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Procedencia: Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales, dentro de la acción de tutela instaurada por Lina, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF.

El asunto llegó a la Corte por remisión que realizó la secretaría de dicha Sala, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Sexta de Selección de Tutelas de esta corporación eligió el asunto de la referencia, para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

A. Anotación Preliminar.

Esta Sala adoptó como medida de protección de la intimidad de los niños y niñas involucrados en este proceso, suprimir del fallo y de toda futura publicación del mismo sus nombres verdaderos y los de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que

permitan su identificación[1].

B. Hechos y relato contenidos en la demanda.

En marzo 14 de 2011, Lina promovió acción de tutela contra el ICBF, en nombre propio y de sus hijos menores de edad, aduciendo la vulneración de los derechos a tener una familia y no ser separados de ella, a la vida digna y al debido proceso, por los siguientes hechos:

1. La actora de 26 años de edad, manifestó que es madre de cuatro niños menores de edad: Sara (10 años), Ana (7 años), Juan (6 años) y José (4 años)[2]. Agregó que en febrero 24 de 2010, “funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, llegaron hasta mi residencia ubicada en la vereda La Cachucha, municipio de Chinchiná y retiraron a mis cuatro hijos menores... aduciendo quejas por parte de la comunidad y dificultades económicas por parte de los progenitores. Yo no opuse resistencia ya que pensé que la medida era provisional, por lo menos hasta que superáramos un poco la situación económica” (f. 9 cd. inicial).

2. Indicó que los niños fueron llevados a la sede del ICBF en Chinchiná, Caldas, donde los visitó cumplidamente, hasta que el Instituto le informó que por su inestabilidad económica “debía firmar un papel”, después de lo cual, no le permitieron volver a visitarlos. En consecuencia, su esposo “suscribió una carta en la que pedía que nos dejaran volver a visitar a los niños, fue en ese momento cuando nos informaron que ya no teníamos derecho a verlos pues habían sido declarados en situación de adoptabilidad” (f.10 ib.).

3. Afirmó que la notificación del trámite realizado en agosto 19 de 2010, en el cual se realizó la lectura del fallo que declaró la situación de adoptabilidad de los niños, no fue surtida en debida forma, al igual que “en ningún momento fuimos asesorados sobre las consecuencias o implicaciones que nos acarrearía el hecho de firmar el documento o resolución que señala el doctor Germán Amador Cuesta” (f. 10 ib.).

4. Indicó que se vulneró el debido proceso, toda vez que “mi grado de escolaridad y el de mi esposo no nos permiten comprender claramente todos estos trámites legales que hemos tenido que realizar con ocasión del proceso que estamos afrontando con nuestros hijos. En síntesis, en ningún momento se nos ha brindado apoyo que nos permita dimensionar las consecuencias de cada una de nuestras actuaciones dentro del proceso” (fs. 10 y 11 ib.).

5. Manifestó su inconformidad frente a la desintegración a la que su familia fue sometida, y expresó que sus hijos se encuentran “entristecidos”. Así, solicitó la protección de sus derechos a tener una familia y no ser separada de ella, a la vida digna y al debido proceso, y que se ordenara la revocatoria de la declaración de situación de adoptabilidad de sus hijos, y en consecuencia, la reagrupación inmediata de los niños a su familia.

C. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente.

1. Cédula de ciudadanía de la accionante (f. 3 ib.).
2. Cartas de la niña Sara dirigida a su progenitora (fs. 7 a 8 ib.).
3. Historia de atención a denuncia telefónica anónima de febrero 24 de 2010, por falta de responsables en el hogar de los menores (fs. 23 a 29 ib.).
4. Denuncia anónima en la línea de atención al ciudadano por exposición de los niños a condiciones higiénicas precarias, mala alimentación, violencia intrafamiliar, negligencia de los padres y red familiar extensa inactiva, de febrero 25 siguiente (fs. 30 y 31 ib.).
5. Boleta de citación de febrero 25 de 2010, dirigida a la actora (f. 41 ib.).
6. Petición efectuada por la accionante al ICBF en febrero 25 de 2010, solicitando le permitieran visitar a sus hijos cada quince días (f. 42 ib.).
7. Reporte de actuaciones (intervención con los niños Sara, Ana Juan y José, y contacto con redes vecinales), efectuadas por el ICBF en febrero 25 de 2010 (f. 44 ib.).
8. Certificado de incapacidad médica de la actora de marzo 10 de 2010 (f. 54 ib.).
9. Orden de marzo 2 de 2010, citando a la señora Lina para rendir declaración, fijada para marzo 31 siguiente a las 8:00 a.m. (f. 51 ib.).
10. Boleta de citación expedida en marzo 12 de 2010 a la señora Lina, para la realización de la audiencia de práctica de pruebas y recepción de declaración, en marzo 31 de 2010 a las 8:00 a.m. (f. 56 ib.).
11. Acta de audiencia del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia,

practicada por el ICBF a la actora en marzo 31 de 2010 (fs. 58 a 60 ib.).

12. Informe social realizado por la Fundación para el Desarrollo Integral de la Niñez, la Juventud y la Familia, en adelante FESCO, en mayo 31 de 2010, para realizar la valoración social del hogar de la señora Lina y sus hijos Sara, Ana, Juan y José, donde se constató un perfil de vulnerabilidad en los diferentes aspectos analizados (fs. 74 a 85 ib.).

13. Orden del Defensor de Familia emitida en mayo 31 de 2010, para que fueran tenidos en cuenta los informes psicológicos y sociales realizados por FESCO a los menores de edad, y correr traslado a las partes (f. 86 ib.).

14. Valoración psicológica a la señora Lina, efectuada en mayo 31 de 2010, en la cual se concluyó que debe continuar con asesoría psicológica para desarrollar su potencial como madre, además de un cambio radical en su consumo de bebidas alcohólicas (fs. 457 a 460 ib.).

15. Auto de junio 2 de 2010, que fijó la fecha de audiencia de fallo para junio 22 de 2010, emitido por el Defensor de Familia (f. 87 ib.).

16. Auto de junio 9 siguiente, que puso en conocimiento que los informes psicológicos y sociales realizados en el proceso de restablecimiento de derechos a favor de los niños Sara, Ana, Juan y José, fue notificado por estado 62 de junio 2 de 2010, sin ser impugnado (f. 88 ib.).

17. Auto de junio 11 de 2010, que fijó fecha y hora para la continuación de la audiencia de práctica de pruebas y fallo (f. 89 ib.).

18. Boleta de citación emitida en junio 11 de 2010, dirigida a la señora Lina para la audiencia de práctica de pruebas y lectura de fallo en agosto 22 siguiente (f. 90 ib.).

19. Acta de diligencia de trámite de junio 22 de 2010, que declaró vulnerados los derechos de los menores de edad. En consecuencia, mediante Resolución 45 de la misma fecha, confirmó como medida de restablecimiento sus derechos, su ubicación en un hogar sustituto (fs. 91 a 106 ib.).

20. Guía de observación de visita con familia biológica de los niños Sara, Ana, Juan y

José, realizada por FESCO en junio 30 de 2010, y en la cual consta que la progenitora no asistió (f. 370 ib.).

21. Guía de observación de visita con familia biológica de los cuatro niños, realizada por FESCO en julio 14 de 2010, en la que se presentó una reflexión en torno a la medida de restablecimiento de derechos (f. 525 ib.).

22. Auto de julio 16 de 2010 que fijó fecha para la continuación de la audiencia de práctica de pruebas y fallo para agosto 19 siguiente, a las 9:00 a.m. (f. 111 ib.).

23. Auto de julio 27 de 2010, en el cual se informó que la fecha de la audiencia de práctica de pruebas y fallo, fue notificada mediante estado 65 de julio 21 de 2010 (f. 112 ib.).

24. Boleta de citación emitida en julio 29 de 2010, dirigida a la señora Lina para que compareciera a la audiencia de práctica de pruebas y lectura de fallo en agosto 19 siguiente (f. 113 ib.).

25. Resolución 55 de agosto 19 de 2010, que modificó la Resolución 45 de junio 22 del mismo año y declaró la situación de adoptabilidad de los menores de edad, como medida de restablecimiento de sus derechos, y ordenó iniciar el trámite para su adopción (fs. 114 a 122 ib.).

26. Auto de agosto 23 de 2010, que dio inicio al término de 20 días de la decisión de declaración de situación de adoptabilidad de los niños, conforme al artículo 107 de la Ley 1098 de 2006 (f. 123 ib.).

27. Auto de septiembre 21 de 2010 que declaró ejecutoriada la situación de adoptabilidad, al no ser recurrida (f. 124 ib.).

28. Respuesta a la petición de retorno de los menores de edad de septiembre 28 de 2010, en la que se consignó que la señora Lina asistió a la audiencia en que se declaró la situación de adoptabilidad de sus hijos, y no repuso dicha decisión (fs. 4 y 5 ib.).

29. Registro civil de nacimiento de la niña Sara (f. 45 ib.).

30. Tarjeta de identidad de Sara (f. 46 ib.).
31. Carné de crecimiento y desarrollo de la niña Sara, expedido por la E.S.E Hospital San Marcos de Chinchiná, Caldas (f. 47 ib.).
32. Carné del régimen subsidiado de Solsalud EPS, de la niña Sara (f. 32 ib.).
33. Ficha biopsicosocial de Sara (fs. 126 a 135 ib.).
34. Fotografías de la niña Sara (fs. 55, 136 y 138 ib.).
35. Carné de vacunas de Sara (f. 138 ib.).
36. Auto de apertura de investigación 023 de febrero 24 de 2010 para el caso de Sara, el cual ordenó “efectuar la verificación del Estado de cumplimiento de los derechos de un menor de edad, teniendo en cuenta la denuncia recibida por un anónimo” (fs. 37 a 40 ib.).
37. Acta de colocación familiar provisional que ubicó a los menores de edad niños Sara y José en un hogar sustituto, expedida por el ICBF en febrero 24 de 2010 (fs. 34 y 35 ib.).
38. Notificación del auto de apertura de investigación 21 de febrero 25 de 2010 del caso de Sara, efectuada en esa fecha a la accionante (f. 43 ib.).
39. Valoración nutricional realizada por el ICBF a la menor de edad Sara, en febrero 26 de 2010 (fs. 48 a 50 ib.).
40. Informe técnico médico legal de estado físico de la niña Sara, emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en marzo 5 de 2010 (f. 52 ib.).
41. Informe de visita de asesoría y seguimiento a hogar sustituto de la niña Sara, realizado por FESCO en marzo 9 siguiente (f. 53 ib.).
42. Guías de observación de visitas con familia biológica de Sara, realizadas en marzo 24, abril 4 y 21, mayo 5 y 19, junio 2 y 16, julio 7 y agosto 19 de 2010, por la fundación FESCO (fs. 57, 64 a 66, 73, 141, 142 y 147ib.).

43. Diagnóstico integral de abril 8 de 2010, del estado de Sara (f. 109 ib.).
44. Informe de valoración psicológica practicada a Sara por FESCO en abril 8 de 2010, en el que se concluyó que los procesos psicológicos de la niña, no concuerdan con su edad (fs. 61 y 62 ib.).
45. Planilla de reformulación del plan de atención integral, individual y familiar planteado en abril 8 de 2010 para el seguimiento a Sara (fs. 500 y 501 ib.).
46. Informe de seguimiento y asesoría al hogar sustituto de Sara, efectuado por FESCO en abril 15 siguiente, donde verificó el cumplimiento de los compromisos adquiridos en la anterior visita (f. 63 ib.).
47. Informe de seguimiento y asesoría al hogar sustituto de Sara, efectuado por FESCO en mayo 11 de 2010, que verificó el suministro de la dotación básica escolar a la niña (fs. 67 y 68 ib.).
48. Informe psicológico realizado por la fundación FESCO en mayo 31 de 2010 a Sara, donde recomendó continuar con las sesiones psicológicas porque la niña presenta síntomas para desarrollar un rol de hijo parental, en el que asumiría roles de madre, lo que afectaría su desarrollo psicosocial (fs. 69 a 72 ib.).
49. Planilla de reformulación del plan de atención integral, individual y familiar planteado en junio 8 de 2010, para el seguimiento a Sara (f.139 ib.).
51. Acta de diligencia de trámite de junio 22 de 2010, que declaró el cierre de la etapa probatoria y resolvió mediante la Resolución 44, declarar vulnerados los derechos de los niños Sara, Ana, Juan y José, y en consecuencia, confirmó como medida de restablecimiento de derechos la ubicación de los niños en un hogar sustituto (fs. 91 a 106 ib.).
52. Guía de observación de visita con familia biológica de Sara, Ana, Juan y José, realizada por la fundación FESCO en julio 7 de 2010 (f. 258 ib.).
53. Informe de seguimiento y asesoría al hogar sustituto de la niña Sara, efectuado por FESCO en julio 15 siguiente, en el que se verificó el cumplimiento de los compromisos

adquiridos en la anterior visita (f. 502 ib.).

54. Informe de seguimiento al hogar sustituto de Sara, para evaluar la vivencia de la niña en dicho hogar, efectuado por FESCO en septiembre 9 y octubre 13 de 2010 (fs. 110, 144 y 145 ib.).

55. Planilla de reformulación del plan de atención integral, individual y familiar planteado en octubre 8 de 2010 para el seguimiento a Sara (f.146 ib.).

56. Informe de seguimiento y asesoría al hogar sustituto de Sara, efectuado por FESCO en octubre 13 siguiente (f. 110 ib.).

57. Acta del equipo técnico del ICBF, emitida en octubre 28 de 2010, para llevar a cabo la medida de restablecimiento de derechos (f. 528 ib.).

58. Oficio de noviembre 12 de 2010 dirigido a la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante el cual el ICBF, ordenó la inscripción de la terminación de la patria potestad, en el registro civil de nacimiento de la niña Sara (f. 389 ib.).

59. Oficio de diciembre 28 de 2010, emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el que informó haber realizado la anotación de situación de adoptabilidad en el Registro Civil de Nacimiento de Sara, con la respectiva copia del registro y su anotación (f. 148 a 150 ib.).

60. Registro civil de nacimiento de Ana (f. 292 ib.).

61. Carné de crecimiento y desarrollo de Ana, expedido por la E.S.E Hospital San Marcos de Chinchiná (f. 293 ib.).

62. Carné de régimen subsidiado de Solsalud EPS, de Ana (f. 294 ib.).

63. Carné de vacunas de Ana (f. 295 ib.).

64. Ficha biopsicosocial de Ana (fs. 395 a 404 ib.).

65. Fotografías de Ana (fs. 405 y 406 ib.).

66. Solicitud del ICBF al médico legista para practicar examen físico y mental a la niña Ana, de febrero 24 de 2010 (f. 168 ib.).
67. Auto de apertura de investigación N° 021 de febrero 25 de 2010 para el caso de Ana, el cual ordena “efectuar la verificación del Estado de cumplimiento de los derechos de un menor de edad, teniendo en cuenta la denuncia recibida por un anónimo” (fs. 300 a 303 ib.).
68. Notificación del auto de apertura de investigación N° 22 de febrero 25 de 2010 a favor de la niña Ana, surtida en la misma fecha, a la señora Lina (f. 305 ib.).
69. Valoración nutricional realizada por el ICBF a la niña Ana en marzo 2 de 2010 (fs. 307 y 308 ib.).
70. Informe de visita de asesoría y seguimiento a hogar sustituto de la niña Ana, realizado por FESCO en marzo 9 siguiente (f. 313 ib.).
71. Guías de observación de visitas con familia biológica de Ana, realizadas por FESCO en marzo 24, abril 21, mayo 5, junio 16 y octubre 13 de 2010 (fs. 311, 316, 349 y 388 ib.).
72. Informe de valoración psicológica practicada a la niña Ana por la fundación FESCO en abril 8 de 2010, donde se concluyó que sus procesos psicológicos no se adecuan a su edad (fs. 320 a 322 ib.).
73. Informe de visita de asesoría y seguimiento a hogar sustituto de la niña Ana, realizado por la fundación FESCO en abril 15 siguiente, para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en la anterior visita (f. 323 ib.).
74. Informe de visita de asesoría y seguimiento al hogar sustituto de la niña Ana, realizado por FESCO en mayo 18 de 2010, en el cual se verificó el suministro de la dotación básica escolar a la menor (fs. 328 y 329 ib.).
75. Informe psicológico realizado por FESCO en mayo 31 de 2010 (fs. 325 a 327 ib.).

76. Guía de observación de visita con familia biológica de Ana, realizada por FESCO en junio 2 siguiente, donde observó un distanciamiento con la progenitora (f. 343 ib.).
77. Planilla de reformulación del plan de atención integral, individual y familiar planteado en junio 8 del mismo año, para el seguimiento de la menor de edad Ana (f. 345 ib.).
78. Informe de visita de asesoría y seguimiento a hogar sustituto de Ana y José, realizado en junio 11 de 2010 (f. 366 y 367 ib.).
79. Autorización de junio 21 siguiente, expedida por el Defensor de Familia para que los niños fueran llevados a Cali, bajo la responsabilidad de la madre sustituta (f. 369 ib.).
80. Carta de junio 23 de 2010, enviada por la madre sustituta de Ana y José al Defensor de Familia, con el fin de solicitar permiso para llevar a los niños de vacaciones a Cali (f. 368 ib.).
82. Oficio de noviembre 12 de 2010 dirigido a la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante el cual el ICBF ordenó la inscripción de la terminación de la patria potestad, en el registro civil de nacimiento de la niña Ana (f. 140 ib.).
83. Registro civil de nacimiento de Juan (f. 175 ib.).
84. Carné de crecimiento y desarrollo del niño Juan, expedido por la E.S.E Hospital San Marcos de Chinchiná (f. 176 ib.).
85. Carné de régimen subsidiado de Solsalud EPS, del niño Juan (f. 174 ib.).
86. Carné de vacunas de Juan (f. 173 ib.).
87. Ficha biopsicosocial de Juan (fs. 264 a 272 ib.).
88. Fotografías del niño Juan (fs. 273 y 274 ib.).
89. Auto de apertura de investigación 022 de febrero 24 de 2010 para el caso de Juan, el cual ordenó “efectuar la verificación del Estado de cumplimiento de los derechos de un menor de edad, teniendo en cuenta la denuncia recibida por un anónimo” (fs. 177 a 180

ib.).

90. Acta de colocación familiar provisional que ubicó a los niños Ana y Juan en un hogar sustituto, expedida por el ICBF en febrero 24 de 2010 (fs. 165 y 166 ib.).

91. Reporte de fractura en pierna izquierda de Juan, manifestando que el menor de edad ha presentado en fracturas similares, por lo que se observó falta de cuidado o posible negligencia de los padres (f. 160 ib.).

92. Solicitud del ICBF al médico legista, para efectuar examen físico y mental al niño Juan, de febrero 24 de 2010 (f. 167 ib.).

93. Notificación del auto de apertura de investigación 23 de febrero 25 de 2010 a favor de Juan, surtida en la misma fecha a la actora (f. 182 ib.).

94. Valoración nutricional realizada por el ICBF a Juan, en marzo 4 de 2010 (fs. 185 y 186 ib.).

95. Informe de visita de asesoría y seguimiento a hogar sustituto del niño Juan, realizado por FESCO en marzo 9 y 24 de 2010 (fs. 187 y 190 ib.).

96. Guía de observación de visita con familia biológica de Juan, realizada por FESCO en abril 7 de 2010 (f. 198 ib.).

97. Informe de valoración psicológica practicada a Juan por FESCO en abril 8 siguiente, donde se concluyó que los procesos psicológicos del menor no concuerdan con su edad (fs. 194 y 195 ib.).

98. Informe de seguimiento y asesoría al hogar sustituto del niño Juan, efectuado por FESCO en abril 15 de 2010, donde verificó el cumplimiento de los compromisos adquiridos en la anterior visita (f. 196 ib.).

99. Guía de observación de visita con familia biológica de Juan, realizada por la fundación FESCO en abril 21, mayo 5 y 19, junio 16 y agosto 19 (fs. 197, 199, 200, 257 y 261 ib.).

100. Informe de seguimiento y asesoría al hogar sustituto de Juan, efectuado por la

fundación FESCO en mayo 18 de 2010, que verificó el suministro de la dotación básica escolar al niño (fs. 204 y 205 ib.).

101. Informe psicológico que determinó las condiciones psico-emocionales del niño Juan, realizado por FESCO en mayo 31 siguiente, en el que se concluyó la existencia de una vinculación afectiva adecuada con el hogar sustituto (fs. 201 a 203 ib.).

102. Guía de observación de visita con familia biológica de Juan, realizada por FESCO en junio 2 de 2010 (f. 256 ib.).

103. Planilla de reformulación del plan de atención integral, individual y familiar planteado en junio 8 siguiente para el seguimiento al menor de edad Juan (f. 255 ib.).

104. Informe de valoración psicológica practicada a Juan por FESCO en julio 14 de 2010, en el que se concluyó que los procesos psicológicos del menor no concuerdan con su edad (fs. 448 y 449 ib.).

105. Oficio de septiembre 22 de 2010 dirigido a la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante el cual el ICBF, ordenó la inscripción de la terminación de la patria potestad, en el registro civil de nacimiento del niño Juan (f. 254 ib.).

106. Informe de seguimiento y asesoría al hogar sustituto de Juan, efectuado por FESCO en mayo 11 y octubre 13 de 2010, en el que se verificaron los documentos del niño (fs. 204 y 259 ib.).

107. Reporte de actuaciones (entrevista con el padre, visita domiciliaria a la madre, visita institucional a la escuela de la Vereda La Cachucha y conversación con redes vecinales) emitido por el ICBF en octubre 23 de 2009, acerca de la situación del niño Juan (f. 161 y 162 ib.).

108. Acta de colocación familiar provisional de los niños Ana, Juan y José, expedida por el ICBF en noviembre 29 de 2010 (fs. 262 y 263 ib.).

109. Oficio de febrero 9 de 2011, emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el que informó haber realizado la anotación de situación de adoptabilidad en el registro civil de nacimiento del niño Juan, con la respectiva copia del registro y su anotación (f. 277

a 284 ib.).

110. Certificado de registro civil de nacimiento del niño José (f. 424 ib.).

111. Carné de régimen subsidiado de Solsalud EPS, de José (f. 426 ib.).

113. Carné de vacunación de José (f. 427 ib.).

114. Ficha biopsicosocial de José (fs. 534 a 542 ib.).

115. Carné de vacunas de José (f. 543 ib.).

116. Auto de apertura de investigación 024 de febrero 24 de 2010, para el caso de José, el cual ordenó “efectuar la verificación del Estado de cumplimiento de los derechos de un menor de edad, teniendo en cuenta la denuncia recibida por un anónimo” (fs. 432 a 434 ib.).

117. Solicitud del ICBF al médico legista de examen físico y mental al niño José de febrero 24 de 2010 (f. 36 ib.).

118. Notificación del auto de apertura de investigación 24 de febrero 25 siguiente a favor del niño José, surtida en la misma fecha a la actora (f. 436 ib.).

119. Valoración nutricional realizada por el ICBF a José en febrero 25 de 2010 (fs. 437 a 439 ib.).

120. Guía de observación de visita con familia biológica de José, realizada por FESCO en marzo 3, abril 7, abril 21, mayo 5, junio 2 y junio 26 de 2010 (fs. 447, 452, 453, 454, 523 y 524 ib.).

121. Informe técnico médico legal de estado físico del niño José, emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en marzo 5 de 2010 (f. 441 ib.).

122. Informes de visitas de asesoría y seguimiento a hogar sustituto del niño José, realizado por FESCO en marzo 9, abril 15 y agosto 19 de 2010 (f. 442, 450 y 531ib.).

123. Guía de observación de visita con familia biológica de José, realizada por FESCO en

mayo 19 de 2010, en el cual se manifestó que la interacción entre la madre y el niño se fortaleció, y este lloró al momento de separarse de su progenitora (f. 451 ib.).

124. Informe psicológico que determinó las condiciones psico-emocionales de José por FESCO en mayo 31 de 2010, donde se estableció que el menor de edad tiene una adecuada vinculación con su madre biológica, pero que el regreso a su hogar sin el correspondiente cambio en las condiciones, afectaría su desarrollo (fs. 473 y 475 ib.).

125. Planilla de reformulación del plan de atención integral, individual y familiar planteado en junio 8 y octubre 8 de 2010, para el seguimiento a José (fs. 522 y 530 ib.).

126. Oficio de septiembre 24 de 2010, emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el que informó haber realizado la anotación de situación de adoptabilidad en el registro civil de nacimiento del niño José (fs. 519 a 521 ib.).

127. Informe de visita de asesoría y seguimiento a hogar sustituto de José, realizado por FESCO en octubre 10 de 2010, para verificar los documentos del niño y el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el hogar sustituto, encontrándose unas buenas condiciones (fs. 526 y 527 ib.).

128. Copia del registro civil de nacimiento de José, con la anotación de situación de adoptabilidad (fs. 544 y 545 ib.).

D. Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF.

En escrito de marzo 16 de 2011, la Directora regional encargada del instituto solicitó negar la tutela, argumentando lo siguiente (fs.17 a 22 ib.):

En febrero 24 de 2010, fue recibida una denuncia anónima manifestando que los niños Sara, Ana, Juan y José se encontraban expuestos a precarias condiciones higiénicas, escasa alimentación, difícil situación económica, violencia intrafamiliar, negligencia de los padres, red familiar extensa inactiva y desnutrición. En consecuencia, se realizó la verificación de derechos y se emitió concepto que evidenció lo invocado en la denuncia.

Mediante auto de febrero 24 de 2010, se realizó la apertura de investigación a favor de los niños, y se ordenó como medida para el restablecimiento de sus derechos la ubicación

provisional en un hogar sustituto. El auto que ordenó dicha medida fue notificado personalmente en febrero 25 de 2010 a la señora Lina, quien figura como única representante legal de los niños, según los registros civiles de nacimiento respectivos.

La interviniente indicó que el resultado de las pruebas allegadas al proceso determinó, mediante Resolución 45 de junio 22 de 2010 notificada en estrados a Lina, la confirmación de la medida de ubicación de los niños en un hogar sustituto, lo cual se fundamentó en el informe suscrito por los profesionales de la Fundación FESCO, en el cual se insistió que en razón a los resultados arrojados por la valoración psicológica y social a los menores de edad y a su progenitora, los niños debían permanecer bajo la medida de protección, hasta tanto aquélla se convirtiera en una garante de sus derechos. Para tal efecto, la entidad también ordenó adelantar las acciones necesarias con el fin de recuperar las condiciones y atributos que le permitieran recobrar su rol de madre.

Por otro lado, se refirió a las visitas biológicas que fueron programadas cada quince días entre la madre y los niños, las cuales se realizaron a fin de fortalecer los vínculos afectivos entre ellos, y analizar la dinámica de estos espacios para las decisiones que se tomaran respecto a los niños.

Señaló que posteriormente en audiencia, se notificó a la accionante de la Resolución 55 de agosto 19 de 2010, por la cual se declaró como medida de restablecimiento de derechos, la situación de adoptabilidad para los mencionados niños, y por ende, se ordenó iniciar con los trámites para su adopción. Agregó que la accionante faltó a la verdad al manifestar que no había sido informada del trámite administrativo adelantado, y sustentó que la prueba de ello es su firma que se encuentra en las diferentes boletas de citación y resoluciones.

Finalmente, consignó que “en el ICBF nos ceñimos a lo ordenado en la Constitución y en la ley, además de las múltiples sentencias proferidas en las altas cortes con respecto a que la condición económica de las familias no es criterio suficiente para privar a los padres de la patria potestad sobre sus hijos. En el presente caso a la señora Lina le ha caracterizado su condición de negligencia y abandono frente al cuidado de sus hijos, hecho demostrado con los informes de los profesionales aportados a la investigación”.

E. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná negó el amparo de los derechos reclamados por la actora, pues estimó que la entidad accionada procedió como lo ordena la ley, cumplió con los términos, garantías, trámites y pruebas necesarias para confirmar el estado en el que se encontraban los niños. Al respecto, expuso (fs. 547 a 559 ib.):

“La falta de recursos económicos a pesar de ser un factor fundamental, la ausencia de los mismos no es motivo suficiente para que una madre se vea en la situación de perder a sus hijos, pero situación diferente ocurre cuando si sumado a ello, también hay escasez en el hogar de otros elementos importantes o valores, como lo son, la falta de amor, de protección y estabilidad, de las cuales debe gozar todo infante, se genera la necesidad de buscar la protección inmediata de los menores en un sitio diferente a su hogar (f. 555 ib.).

... ..

no le corresponde a este funcionario determinar si la señora Lina se encuentra o no en condiciones económicas, morales y psicológicas para seguir asumiendo el cuidado de sus hijos, pues ello le corresponde determinarlo es a la entidad accionada, no se puede desconocer que dicha situación se encuentra plenamente reflejada en este caso objeto de estudio y de lo cual no puede ser ajeno el Despacho, teniendo presente que el juez constitucional está en la obligación legal de proteger los derechos fundamentales no solo de todas las personas, sino especialmente de los niños”.

F. Impugnación.

En marzo 28 de 2011, la accionante impugnó la decisión de primera instancia, sin sustentar las razones de la misma.

G. Sentencia de segunda instancia.

La Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales confirmó la decisión impugnada, indicando que “la determinación sobre la legalidad del proceso administrativo por medio del cual se declaró el estado de adaptabilidad a los menores... es un asunto que en manera alguna corresponde al juez de tutela desenmarañar, por escaparse de las facultades que constitucional y legalmente se le han asignado; tanto más, cuando, para ello

se deben ejercitar las acciones o recursos conducentes” (fs. 5 a 10 cd. 2)

H. Actuación dentro del trámite de revisión.

La Sala de Revisión ordenó la suspensión de los términos del presente asunto y solicitó al Director del ICBF, Regional Caldas, información sobre (i) la ubicación de la familia extensa de los niños Sara, Ana, Juan y José, (ii) cómo se puede garantizar que permanezcan en unidad familiar (sin dispersarlos), y (iii) si le han brindado a la familia de origen o cercana los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos, según lo preceptuado en el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia. También se pidió la suspensión de la Resolución 055 de agosto 19 de 2010, que declaró la situación de adoptabilidad de los menores de edad (f. 10 cd. Corte).

2. Tratándose de la ubicación de la familia extensa de los niños, el Director Regional del ICBF expuso que la aquí accionante refirió a Camila su hermana de crianza, pero no aportó los datos precisos para establecer su condición socio familiar, además se intentó contacto telefónico sin tener resultados. Sostuvo que María (madre de crianza de Lina y biológica de Camila) descartó toda posibilidad de que su hija asumiera el cuidado de los niños, toda vez que la menor de edad Ana permaneció bajo su protección durante tres meses y no logró adaptarse a las condiciones de vida ofrecidas por este grupo familiar, además cuando los niños ingresaron al ICBF la señora María había ofrecido a Lina la posibilidad de volver a vivir en su casa, pero ella no aceptó la propuesta (fs. 13 a 20 ib.).

También se intentó contacto con la abuela materna de los menores de edad, quien se mostró distante y sin interés por asumir el cuidado de sus nietos. Así bien, concluyó que la red familiar extensa no era eficiente para asumir el cuidado de los niños.

Reseñó además que “la vinculación afectiva y emocional por parte de la red familiar extensa con la señora Lina ha estado mediada por lazos afectivos frágiles, sus persistentes conductas negligentes y desinteresadas han agotado la resiliencia del grupo familiar para brindarle oportunidades y contribuir con el cuidado y protección de sus hijos; pese a que la red familiar refiere haber afrontado alteraciones en la dinámica intrafamiliar por las situaciones presentadas por Lina desde la etapa de la adolescencia... y el inicio de la maternidad a temprana edad desencadenaron situaciones ante las cuales el grupo familiar trató de responder de manera positiva a las necesidades de Lina y sus hijos de una manera

estable y duradera, sin embargo el incremento y agudización de sus dificultades comportamentales que interfirieron en la asunción adecuada de las nuevas demandas personales y familiares dieron cuenta que la familia no encontró mecanismos de protección suficientes que comprometieran a Lina a establecer cambios en su estilo de vida”.

Con respecto a la garantía de la unidad familiar, explicó que “durante el proceso de atención terapéutico ofrecido a Sara se identificó el ejercicio de un rol enmarcado en las funciones y responsabilidades parentales propias de los adultos inserto en un hogar biológico negligente con una dinámica familiar mediada por el maltrato físico y verbal que fueron naturalizados como pauta relacional; circunstancias que condujeron a que Sara se autoreconociera como una figura de autoridad y cuidado para sus hermanos generó en ella una actitud maltratante hacia ellos, acompañada de sentimientos de rabia y conductas agresivas, que no le permitieron establecer un vínculo positivo con estos, conducta que persistió en el hogar sustituto, lo que obligó a ser separada de ellos y trasladada a otro hogar. A través del proceso psicoterapéutico Sara manifestó abiertamente su deseo de ser adoptada sola sin compañía de sus hermanos ya que aprendió en el hogar biológico que los niños son su responsabilidad, lo anterior fue analizado por el grupo interdisciplinario de la Defensoría de Familia, decidiendo la reubicación y permanencia de los tres hermanos menores en el mismo hogar sustituto y además garantizar el contacto del grupo de hermanos a través de los espacios de familias biológicas”.

Añadió que respecto a la posible adopción de los niños, el ICBF tiene como premisa general que los grupos de hermanos no se deben separar y se debe trabajar para encontrar familias que estén dispuestas a su adopción, sin embargo, es muy difícil encontrar familias para grupos de hermanos cuando son más de dos niños.

De acuerdo al cuestionamiento realizado por esta corporación, sobre si le han brindado a la familia de origen o cercana los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos, expuso:

“Previo al inicio de la medida de restablecimiento de derechos a favor de los niños... se habían instaurado varias denuncias por parte de la comunidad sobre la negligencia y condiciones irregulares de vida del grupo familiar propiciadas por figuras parentales, situaciones ante las cuales la Defensoría de Familia movilizó las redes existentes en la

vereda de residencia de la familia, encargando del seguimiento a los compromisos adquiridos por sus progenitores a los agentes de la policía comunitaria de la estación local, cambios que se generaron de forma parcial y temporal, donde se destaca la inscripción de los niños en programas de prevención del Sistema Nacional de Bienestar Familiar: desayunos y almuerzos escolares, raciones alimentarias, asistencia regular al establecimiento educativo, mejora en las pautas de autocuidado; no obstante las situaciones irregulares retornaron a la cotidianidad del grupo familiar dando lugar a la medida de restablecimiento de derechos a favor de los niños, situación que fuera reportada ante la autoridad competente por la red vecinal de la familia.

A partir de la verificación de la garantía de derechos que dio lugar a la ubicación de los niños en un hogar sustituto, se identificaron factores de vulnerabilidad en el medio familiar de origen relacionados con maltrato infantil, violencia intrafamiliar, negligencia, insatisfacción de necesidades básicas y de trascendencia, inadecuado manejo de recursos y distribución de los mismos; pues aunque el grupo familiar se beneficiaba con la solidaridad de la comunidad y la señora Lina contaba con un empleo temporal en los cultivos propios de la región, dichos recursos no fueron invertidos en pro del desarrollo de sus hijos, por el contrario, agudizaron los factores de riesgo a los que permanecían expuestos los niños; entre ellos la permanencia durante largos períodos de tiempo solos sin la supervisión de un adulto y cuando el padrastro- presunto padre asumió el cuidado de éstos los expuso a situaciones de maltrato, por cuanto presenciaban escenas de violencia intrafamiliar entre las figuras cuidadoras y la exposición del consumo de sustancias psicoactivas por parte de los vecinos del sector que frecuentaban la vivienda.

Cabe destacar que la señora fue beneficiaria durante la medida de restablecimiento de derechos a favor de sus hijos del subsidio de familias en acción con el que a través del trabajo en red se buscó ofrecer posibilidades concretas para contribuir a que aprovechara sus capacidades y desarrollara sus potencialidades para mejorar sus ingresos, recursos que han tenido un manejo inadecuado por parte de Lina, privilegiando con estos la participación en actividades de diversión: consumo de alcohol y asistencia recurrente a fiestas durante varios días a la semana. Igualmente se destaca el incumplimiento por parte de Lina del compromiso adquirido al inicio de la medida de restablecimiento de derechos a favor de sus hijos respecto del ahorro que iba a programar con dicho subsidio.

Adicional a todo lo anteriormente referido es importante resaltar que las decisiones adoptadas a través de las Resoluciones 045 de junio 22 de 2010, mediante la cual se declaró la vulneración de los derechos de los niños... y se confirmó la medida de protección inicialmente otorgada como fue de ubicación en hogar sustituto y la Resolución 055 de agosto 19 del mismo año a través de la cual se modificó la Resolución anterior y en su lugar se declaró la situación de adoptabilidad... siempre tuvieron como insumos eficientes los varios informes reportados por los equipos interdisciplinarios adscritos a la Defensoría de Familia y que fueron puestos en conocimiento de los interesados a fin de que por los medios legalmente otorgados fueran controvertidos o al menos se diera una explicación de los hallazgos allí consignados, situación que el plenario administrativo no se presentó, pues la madre biológica de los niños, así como su red familiar extensa no se opusieron en aspecto alguno a las experticias arrimadas a las historias de atención, habiéndose garantizado por parte del despacho el derecho a la contradicción a través de la notificación que para tal efecto se realizaron (sic).

Igual situación se presentó al momento de la realización de las audiencias de lectura de fallo de que trata el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, diligencias a las que fue citada de manera oportuna y legal la madre de los protegidos, sin que ella a pesar de su presencia, hubiera presentado recurso u oposición alguna, dejando discurrir los términos legales para presentar las inconformidades que considere la interesada, lo que produjo que las mismas causaran ejecutoria y cobraran firmeza las decisión allí adoptadas” (fs. 13 a 20 ib.).

3. En agosto 6 de 2012, el Defensor de Familia remitió el oficio que, previamente a la orden emitida por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, suspendió los efectos de la Resolución 55 de agosto 19 de 2010, que declaró la situación de adoptabilidad de los niños (f. 29 ib.).

4. En julio 17 de 2013, la Defensora de Familia del ICBF, Unidad Local de Chinchiná, informó que “la madre biológica de los niños... no se ha presentado a esta dependencia con el fin de indagar o interesarse por la suerte de sus hijos quienes han permanecido con medida de protección (hogar sustituto)... y a la fecha se desconoce el paradero de la señora Lina quien al parecer es habitante de la calle. Así mismo hago constar que ninguno de los miembros de la familia extensa de los niños ha comparecido a indagar por ellos” (f. 31 ib.).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar la determinación referida, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Debe establecer la Corte si el ICBF vulneró los derechos a tener una familia y no ser separados de ella, a la vida digna y al debido proceso, de la señora Lina y sus hijos Sara, Ana, Juan y José, al decretar la situación de adoptabilidad de los menores de edad, como medida para restablecer sus derechos.

La cuestión que se plantea debe esclarecerse a partir de los siguientes enfoques: (i) reiteración de jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos; (ii) garantías constitucionales en el marco de los procesos de restablecimiento de derechos de los niños. Reiteración de jurisprudencia, sentencia T-094 de febrero 26 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; (iii) procedencia de la adopción como medida de restablecimiento de derechos; por último, (iv) será esclarecido el caso concreto.

Tercera. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos. Reiteración de Jurisprudencia.

3.1. La acción constitucional consagrada en el artículo 86 superior, se caracteriza por ser una acción preferente y sumaria que busca evitar de manera inmediata la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Además su procedencia se circunscribe a la condición de que no existan otros medios ordinarios a través de los cuales se pueda invocar la protección del derecho en cuestión o que existiendo esta vía jurídica, carezca de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

3.2. En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia, salvo que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede

ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales, como se anotó anteriormente, se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza por ser: (i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

3.3. No obstante, tratándose de personas en estado de indefensión o vulnerabilidad, se ha determinado que el examen de los supuestos exigidos para acreditar el perjuicio irremediable no debe ser tan riguroso. Al respecto, la sentencia T-1316 de diciembre 7 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, expuso que: “algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aun cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un ‘tratamiento diferencial positivo’, y que amplía a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela.”

Cuarta. Garantías Constitucionales en el marco de los procesos de restablecimiento de derechos de los niños. Reiteración de jurisprudencia, sentencia T-094 de febrero 26 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4.1. De acuerdo con el artículo 44 superior, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. A fin de cumplir esos mandatos, el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, faculta a los defensores y a los

comisarios de familia[3] para verificar el estado de los derechos de los niños, con el apoyo de equipos interdisciplinarios, iniciar procesos de restablecimiento de derechos y, si es del caso, adoptar medidas de restablecimiento, según las circunstancias, para poner fin a amenazas o vulneraciones de sus derechos (artículo 50).

4.2 Según el artículo 52 de esa Ley, la verificación de la garantía de los derechos de los niños debe comprender un examen de su estado de salud física y psicológica, vacunación y nutrición, inscripción en el registro civil de nacimiento, ubicación de la familia de origen, el entorno familiar, los elementos protectores y de riesgo para la vigencia de sus derechos, la vinculación al sistema de salud y seguridad social, así como al sistema educativo, entre otros aspectos. A partir de la evidencia obtenida en la etapa de verificación de derechos, las autoridades administrativas referidas pueden adoptar medidas de restablecimiento, como las siguientes (artículo 53):

- “1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.”

Dichas medidas, como indica el artículo 103 ibídem, son transitorias, pues deben ser modificadas o suspendidas cuando se alteren las circunstancias que dieron lugar a ellas, salvo cuando ya se haya efectuado la homologación por un juez de familia de la decisión de

adoptabilidad, la cual también vale la pena aclarar solamente puede ser dictada por un defensor de familia.

4.3. El proceso de restablecimiento de derechos no puede tener una duración superior a 4 meses, desde la recepción de la solicitud respectiva o desde su apertura oficiosa, término prorrogable excepcionalmente por otros 2 meses por decisión del Director del ICBF. Vencido este término, el defensor de familia pierde competencia y debe remitir el expediente al respectivo juez de familia para que, de oficio, continúe el proceso.

4.4. Teniendo en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos, los procesos administrativos y las medidas de restablecimiento de derechos que se adopten deben concordar con principios como el interés superior del niño, el debido proceso y el derecho de los niños a ser oídos. Así, el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño, indica que:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

4.5. Adicionalmente, sobre las medidas de restablecimiento, esta corporación ha insistido que deben ser justificadas y proporcionadas, por tanto aunque las autoridades cuentan con un importante margen de discrecionalidad para adoptar tales disposiciones, “(i) deben ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no

pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos; (ii) deben además responder a una lógica de gradación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; (iii) por tanto, deben sujetarse al principio de proporcionalidad; (iv) deben adoptarse por un término razonable; (v) cuando impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar; (vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño; (vii); no pueden basarse únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia; y (viii) en ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño.”

4.6. Con fundamento en lo anterior, en la sentencia T-572 de agosto 26 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, al revisar las decisiones adoptadas dentro del proceso de tutela iniciado por los padres de un niño contra un comisario de familia, debido a que este último había ordenado su ubicación en hogar sustituto, bajo el argumento de que había sido encontrado sólo en el hogar y con hambre, la Corte reiteró que la adopción de medidas de restablecimiento deben sujetarse a los principios de proporcionalidad e interés superior del menor. En consecuencia, pese a que el niño había sido reintegrado provisionalmente al núcleo familiar, en el trámite de la tutela se concluyó que la autoridad accionada sí había vulnerado sus derechos fundamentales y los de sus padres, pues (i) decretó una diligencia de allanamiento y rescate del menor de edad, sin que existiera evidencia que la justificara, y (ii) la medida de restablecimiento de ubicación en hogar sustituto había sido desproporcionada, ya que no estaba respaldada con evidencia, no respondió a una lógica de graduación y se basó en un criterio arbitrario, este es, equiparar a un niño de cabello largo con un niño en abandono. Por estas razones, la Corte Constitucional concedió el amparo.

4.7. En la sentencia T-572 de julio 15 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, al examinar los fallos de instancia dictados dentro del proceso iniciado por la madre de un niño con síndrome de down, contra el ICBF, debido a que había ordenado su ubicación en hogar de paso argumentando que la accionante había tolerado conductas sexuales abusivas en contra del niño por parte de un docente, esta corporación concluyó que la imposición de la

medida de restablecimiento era desproporcionada, y que en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos se había lesionado el derecho al debido proceso de la tutelante.

En ese fallo, la Corte indicó que en el proceso administrativo se habían presentado varias anomalías como (i) no promover la reunificación familiar; (ii) no hacer esfuerzos para vincular a la familia extensa del niño, con el fin de estructurar una red de apoyo para la reconstrucción del vínculo materno filial; (iii) no adoptar un programa terapéutico de apoyo psicológico a la madre con el propósito de restaurar su vínculo con el niño y corregir las irregularidades que inicialmente pudieron dar lugar a la medida de restablecimiento; (iv) basarse exclusivamente en conceptos de los profesionales del hogar donde se hallaba al niño contruidos desde la conveniencia para el hogar de las visitas de la madre, y no a partir de una valoración integral de ésta; y (v) crear expectativas a la madre de reunificación familiar, sin que se adoptaran medidas para el efecto. Por estas razones y teniendo en cuenta que varios profesionales conceptuaron que no existían razones sico-sociales que impidieran a la peticionaria reasumir su rol materno, la Corte concedió la tutela y ordenó el diseño de un plan para el restablecimiento progresivo de la relación materno-filial, teniendo en cuenta que habían transcurrido seis años desde la declaración en situación de abandono del menor.

4.8. En la sentencia T-671 de agosto 31 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, esta corporación reiteró la obligación del ICBF de adoptar medidas de restablecimiento proporcionales, ordenar la reubicación de un niño solamente cuando esté probado el perjuicio al que está expuesto en el medio familiar en que se encuentra y garantizar el debido proceso de la familia y el menor. En aquel asunto, la Corte revisó las decisiones de instancia dictadas dentro de una acción de tutela promovida por el ICBF contra la providencia de un juez de familia que había negado la homologación de la decisión de adoptabilidad de una niña. La menor había sido entregada por su madre al padre, por no tener recursos para su sostenimiento. Luego, el padre la envió a vivir con la madre de su compañera, quien la maltrataba y le causó deformidades permanentes.

Después de que la niña maltratada ingresara a un hospital, fue cobijada por medidas de restablecimiento por el ICBF en el marco de un proceso de restablecimiento de derechos. Los padres no se hicieron parte en el proceso y la niña fue declarada en situación de

adoptabilidad. El juez de familia no homologó la decisión debido a que –a su juicio- la madre no había sido vinculada. La progenitora finalmente se vinculó al proceso, pero el ICBF concluyó que ni ella ni su madre (abuela materna de la niña) tenían la aptitud “mental” para encargarse de su cuidado, razón por la cual solicitó nuevamente la homologación de la decisión de adoptabilidad. El juez se opuso y ordenó restablecer las visitas de la abuela materna. Por esta razón, el ICBF interpuso acción de tutela contra la decisión del juez de familia.

En la parte motiva, esta corporación reiteró que la intervención del Estado en las relaciones familiares únicamente puede tener lugar como medio subsidiario de protección de los niños afectados, pues la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños, es la familia. Agregó que las autoridades que decidan modificar la ubicación familiar de un menor de edad deben demostrar el perjuicio al que está expuesto en el medio familiar en el que se encuentra. También resaltó que cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con su familia de hecho o parientes, la ruptura o perturbación de ese vínculo puede afectar su interés superior contraría sus derechos fundamentales separarlo de esas personas, incluso si se hace con miras a restituirlo a sus progenitores. En palabras de la Corte:

“(…) cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con su familia de hecho o parientes, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de esas personas, incluso si se hace con miras a restituirlo a sus progenitores. En este campo, las autoridades de Bienestar Familiar cuentan con un margen suficiente de discrecionalidad, pero al mismo tiempo deben obrar con un nivel especial de diligencia y cuidado, para evitar decisiones desfavorables que puedan incidir negativa e irreversiblemente sobre el desarrollo armónico y estable del niño afectado.”

Así, la Corte negó el amparo al considerar que el juez de familia no incurrió en ningún defecto fáctico, como alegaba el ICBF. Por el contrario, para la respectiva Sala de Revisión el juez falló con fundamento en las pruebas que aportó el ICBF. Además, a juicio de la corporación, fue acertado que precisara que es deber de esa entidad vincular a la familia extensa de los niños amparados por medidas de restablecimiento, con mayor razón cuando manifiestan su interés en hacerse cargo del cuidado.

4.9. En la sentencia T-502 de junio 30 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte recordó que (i) las medidas de restablecimiento que pueden adoptar los defensores de familia deben ser graduales y proporcionales a los hechos; (ii) las medidas que signifiquen la separación del niño de su medio familiar deben ser la última opción; (iii) las desventajas económicas de las familias biológicas de los niños no pueden ser el fundamento de medidas drásticas de restablecimiento, como la ubicación en hogar sustituto o la declaración de adoptabilidad; y (iv) que los defensores de familia tienen la obligación de sopesar el valor conjunto de los medios probatorios a la hora de disponer medidas de restablecimiento.

En ese asunto, se revisaron las decisiones de instancia dictadas en el proceso tutelar iniciado por una pareja de compañeros, invocando la protección de los derechos de sus dos hijos menores de edad, a tener una familia y no ser separados de ella, y a la unidad familiar.

Los peticionarios alegaban que el ICBF había declarado a sus hijos en estado de adoptabilidad, con fundamento en que presuntamente no contaban con registro civil de nacimiento, afiliación al sistema de salud y cuadro de vacunas. En sede de revisión, la Corte verificó que la decisión de adoptabilidad no había sido homologada por el juez de familia respectivo, pese a lo cual los niños no habían sido reincorporados al hogar; que funcionarios del ICBF les habían hecho exigencias desproporcionadas para devolverles sus hijos, como someterse a cirugías para control de natalidad (ligadura de trompas de Falopio y vasectomía), y que desde hacía cerca de un año no les era permitido ver a sus hijos.

Esta corporación señaló que, en virtud del principio de interés superior del niño, las decisiones sobre medidas de restablecimiento deben garantizar (i) su desarrollo integral desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad; (ii) condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) protección del niño frente a riesgos prohibidos y todo tipo de abusos y arbitrariedades, como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, y la explotación económica o laboral, entre otros; (iv) equilibrio entre los derechos del niño y los derechos de los padres, sobre la base de la prevalencia del interés del primero; (v) un ambiente apto para el desarrollo del niño; y (vi) justificación en razones poderosas cuando la medida conlleve la intervención del Estado en las relaciones paterno o materno filiales.

En dicho asunto, se concluyó que el ICBF sí había vulnerado los derechos de los accionantes

y sus hijos a la unidad familiar y a tener una familia, así como los derechos de los primeros al debido proceso y a la autodeterminación reproductiva, debido a que algunas de las razones por las cuales el ICBF inició el proceso de restablecimiento de derechos y adoptó las medidas de ubicación en hogar sustituto y declaración de adoptabilidad, eran infundadas o no eran de tal entidad que ameritaran su ejecución, y el ICBF no podía exigir a los tutelantes cirugías para evitar que tuvieran más hijos. En consecuencia, la Corte concedió el amparo y ordenó reintegrar de los niños que llevaban más de dos años separados de sus padres e incluirlos en los programas existentes para suplir necesidades económicas, como el Programa Hogar Gestor, y ofrecer apoyo psicológico y social a los integrantes de la familia.

4.10. En el fallo T-580A de julio 25 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo, la Corte reiteró que la intervención del Estado en el ámbito familiar debe ser justificada y proporcional, y debe propender por mejores condiciones para el niño, explicando que las reglas jurisprudenciales presentadas en las sentencias descritas en esta providencia, también se aplican a la familia de hecho.

En ese asunto, esta corporación revisó los fallos de instancias dictados dentro del proceso iniciado por una pareja que había acogido en su hogar a una niña que les fue entregada por la abuela materna, debido a que sus padres tenían problemas mentales y no tenían recursos para su sostenimiento. Los accionantes registraron a la niña y la cuidaban como su hija. Interpusieron la tutela porque fueron citados al ICBF y se les informó que se iniciaría un proceso de restablecimiento de derechos para la protección de los derechos de la niña, lo que consideraron causaría perjuicios morales a la niña y vulneraba su derecho al debido proceso. En el curso de la tutela, la niña fue ubicada en hogar sustituto.

En primer lugar, la Sala de Revisión observó que en el caso concreto se había desconocido el interés superior de la niña, pues a pesar de que existían indicios de la necesidad de la medida de restablecimiento, ésta (i) fue intempestiva y arbitraria, debido a que no estuvo precedida y soportada por las labores de verificación encaminadas a determinar la existencia de una real situación de amenaza, inobservancia o vulneración, de los derechos fundamentales; (ii) fue desproporcionada, pues aunque existían indicios de que la niña estaba en situación de vulnerabilidad, por la ausencia de la familia biológica, no obraba evidencia de que la niña estuviera ante un riesgo real de tal magnitud que justificara una

medida de restablecimiento tan drástica, teniendo en cuenta los lazos afectivos que la niña había desarrollado con la familia de hecho, y la decisión no fue precedida por la evaluación de medidas de restablecimiento más favorables a la situación familiar de la niña, como la medida de ubicación en medio familiar o en hogar amigo. Por esas razones, se concluyó que la decisión del ICBF de ubicar a la menor de edad en hogar sustituto había significado un cambio desfavorable en sus condiciones y representaba una medida arbitraria y desproporcionada.

En segundo lugar, la Sala indicó que el ICBF vulneró el derecho al debido proceso de los tutelantes, la familia biológica de la niña y los terceros interesados, pues incurrió en irregularidades tales como no surtir la notificación personal de la apertura del proceso, y no notificar a uno de los demandantes de la citación a rendir declaración.

En esa medida, la Corte confirmó parcialmente el fallo único de instancia que había concedido el amparo, así como la orden de cambiar la medida de restablecimiento a ubicación en hogar amigo (el hogar de los demandantes), y ordenó a la defensora de familia subsanar las irregularidades observadas en el proceso de restablecimiento de derechos. No obstante, advirtió que la medida podría ser modificada en cualquier momento en tanto se alteraran las condiciones que dieron lugar a su imposición, y que el fallo adoptado no significaba exonerar a los demandantes del proceso de adopción.

4.11. En la sentencia T-844 de noviembre 8 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte reiteró las obligaciones del defensor de familia de (i) graduar las medidas de restablecimiento según la gravedad de los riesgos a los que se encuentre expuesto el niño, de modo que la declaración de adoptabilidad, como la medida de restablecimiento más drástica, solamente se disponga cuando exista certeza que definitivamente la familia de origen o quien tuviere a cargo el cuidado, crianza o educación del niño, niña o adolescente no pueden asumir su cuidado ni asegurar el restablecimiento de sus derechos; (ii) verificar que efectivamente se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para disponer una medida de restablecimiento, especialmente cuando son medidas drásticas que afectan la unidad familiar; y (iii) respetar las formas propias del proceso administrativo y garantizar el debido proceso a los familiares de los niños.

En dicha providencia, la Corte revisó los fallos de instancia dictados dentro del proceso de

tutela iniciado por la tía biológica de una adolescente, como agente oficiosa, contra el ICBF y un juez de familia, debido a que el primero declaró en abandono a la niña y la entregó en adopción, y el segundo homologó la decisión, sin que previamente se hiciera una investigación exhaustiva de la familia extensa y pese a los reclamos del abuelo materno por recuperarla. Debido a lo anterior, la menor de edad fue entregada en adopción, pero nunca logró adaptarse a su nueva vida, pues añoraba a su familia biológica. La madre adoptiva puso en conocimiento del ICBF esta situación, pero la entidad, en lugar de adelantar las respectivas investigaciones, declaró nuevamente a la niña en situación de adoptabilidad. La tía biológica de la joven interpuso entonces acción de tutela, con el fin de que se revocara la sentencia que declaró la adopción y se le permitiera regresar al seno de su familia biológica extendida y cambiar su registro civil para recuperar los apellidos respectivos.

Esta corporación revocó los fallos de instancia y concedió el amparo, el considerar, por una parte, que el ICBF había incurrido en serias irregularidades en el proceso administrativo que condujo a la declaración de abandono de la menor y, por otro lugar, que la decisión del juez de familia adolecía de defectos.

En cuanto al proceso administrativo, la Corte precisó que el defensor de familia del ICBF omitió (i) verificar cuál era la situación real de la niña al interior de su familia extendida, pues el ICBF obró solamente con fundamento en la denuncia de quien entregó la menor de edad a un centro zonal y la declaración de la madre con quien la niña nunca convivió; (ii) notificar al abuelo materno de la joven, de quien tenía conocimiento porque quien la entregó suministró su nombre; (iii) decretar pruebas para verificar si la familia biológica extendida de podía hacerse cargo del cuidado, como tomar la declaración del abuelo y tías maternas; y (iv) escuchar la opinión de la agenciada dentro del trámite, omisiones que significaron un defecto fáctico.

En relación con el proceso judicial, la Corte concluyó que el juez de familia incurrió en defecto por error inducido al decretar la adopción, ya que le dio continuidad y ratificó una actuación irregular del ICBF, bajo la consideración de que la niña no contaba una familia encargarse de ella. Por estas razones, esta corporación concedió la tutela y ordenó revocar la resolución que declaró a la niña en estado de abandono, así como la sentencia que decretó su adopción.

4.12. En la sentencia T-276 de abril 11 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se estudió un caso, en el que el tutelante, un ciudadano estadounidense, después de haber sido mentor de dos menores de edad y después de recibirlos en su casa en una visita a los Estados Unidos, solicitó su adopción al ICBF en 2009, por intermedio de una agencia con la que la entidad tiene convenio. Una vez dicha agencia llevara a cabo los estudios correspondientes, fue declarado padre adoptivo de los niños.

Posteriormente, el accionante se presentó junto con los niños, en las instalaciones de la Dirección Nacional del ICBF, con el fin de despedirse de algunos funcionarios, pues esa misma noche saldrían del país rumbo a los Estados Unidos. Se entrevistó con la Subdirectora de Adopciones, a quien le manifestó su inquietud por el temor que existía en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado no apto para adoptar. Luego de la conversación con la funcionaria, el demandante y los niños se dirigieron a la Embajada de Estados Unidos a recoger los pasaportes de los segundos con las respectivas visas, pero se les informó que debido a una comunicación remitida por el ICBF, las visas habían sido negadas. Acto seguido, la defensora decidió dar inicio a un procedimiento de restablecimiento de derechos de los menores de edad y ubicarlos en hogar sustituto.

En dicho caso, esta corporación concluyó que (i) el ICBF no demostró que efectivamente existiera una amenaza sobre la salud emocional de los niños, en el momento en el que la Defensora decidió dar inicio al procedimiento y ubicarlos en hogar sustituto; (ii) que aunque eventualmente se concluyera que sí existía una amenaza, el ICBF tampoco probó un nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual del accionante en el proceso de adopción y dicho riesgo; (iii) que la entidad tampoco demostró que la amenaza fuera de tal magnitud que ameritara una medida tan drástica como la separación de los niños de su padre y su ubicación en hogar sustituto; y (iv) que la defensora de familia no tuvo en cuenta la opinión de los niños cuando decidió ubicarlos nuevamente en hogar sustituto.

Por esas razones, a juicio de la Corte, la defensora de familia demandada adoptó decisiones injustificadas y desproporcionadas que lesionaron los derechos fundamentales de los peticionarios al debido proceso y a la unidad familiar, razón por la cual concedió la tutela y ordenó dejar sin efecto todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos adelantado por el ICBF, entregando definitivamente de la

custodia de los niños a su padre adoptivo.

4.13. Más recientemente, en la precitada sentencia T-094 de febrero 26 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se estudió un caso, en el cual la accionante como Procuradora Judicial, presentó acción de tutela, alegando vulneración del derecho al debido proceso dentro del trámite administrativo de restablecimiento de derechos de dos niñas, aduciendo falta de notificación al Ministerio Público del fallo proferido dentro de la audiencia en la cual las menores de edad fueron declaradas en situación de adoptabilidad, aduciendo que tal hecho fue determinante para la lesión de los derechos de las niñas, pues debido a ello tampoco se enteró oportunamente del contenido de la sentencia de homologación proferida por el Juzgado de Familia.

Al respecto, la Sala observó que la accionante durante el trámite administrativo ante el ICBF no ejerció los recursos legales que tenía a su disposición para expresar su inconformidad frente a la forma en que se estaba adelantando el proceso, sino que luego de proferirse una decisión, la cual fue sometida a control de legalidad por el Juez de Familia, decidió interponer la acción de tutela, mecanismo que no puede constituirse en un instrumento jurídico alternativo para desplazar la competencia de los jueces naturales.

También consideró que el Juzgado de Familia no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la preservación de la unidad familiar, ni el derecho de defensa de las menores, pues dicho despacho reiteró que la adopción de la medida de restablecimiento de derechos, se fundamentó en una valoración razonable de las pruebas que obraban en el expediente, especialmente de los estudios psicológicos y visitas sociales.

Tratándose del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, la Corte concluyó que (i) la medida de ubicación de las niñas en su familia de origen sí fue objeto de análisis, y (ii) la decisión de no ubicarlas con la familia extensa no estuvo determinada por la situación económica de los abuelos ni tampoco por la ubicación de la vivienda de los abuelos paternos en un sector vulnerable, sino en las pruebas obrantes en el proceso surtido ante el ICBF, las cuales evidenciaron que aunque la familia biológica tenía disposición para acoger a las menores de edad, no contaban con las condiciones de garantizar sus expectativas de vida ni su desarrollo integral.

4.14. De lo anteriormente expuesto, se concluye entonces que “el proceso de

restablecimiento de derechos debe sujetarse a los principios constitucionales, como el interés superior del niño, el debido proceso y la proporcionalidad, entre otros. En este sentido, en lo que respecta al trámite, esta corporación ha resaltado que al interior de estos procesos (i) es obligación permitir la participación de los padres, en caso de que sean conocidos, o los miembros de la familia extendida, quienes tienen derecho a que el ICBF los escuche y a manifestar su consentimiento cuando la normativa lo exija, y (ii) se debe garantizarse el debido proceso.”[4]

En resumen, el derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los menores de edad, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan.

Quinta. Procedencia de la adopción como medida de restablecimiento de derechos.

5.1. Acorde con el artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la adopción es una medida de restablecimiento de derechos, definida posteriormente en el artículo 61 ibídem como “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filiar entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Esta medida debe ser tomada únicamente por el defensor de familia mediante el fallo que pone fin al proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como bien lo indica el artículo 107 del mencionado Código, cuando se constate que el niño, niña o adolescente carece de familia, sea porque no cuenta con la nuclear ni la extensa ó cuando, contando con una, esta no le ofrece las garantías para que se cumplan sus derechos.

5.2. Así bien, según la Resolución 5929 de 2010 y el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la audiencia de práctica de pruebas y fallo de restablecimiento de derechos, la autoridad administrativa tiene dos opciones, según las pruebas obtenidas en el trascurso del proceso, si bien la familia o la red vincular mejoró el estado de cumplimiento de derechos procederá el reintegro a dicho núcleo, de lo contrario la medida por acoger es la declaratoria de adoptabilidad.

5.3. En consideración a dicha medida, esta corporación ha insistido en su inmanente carácter extraordinario, en tanto debe primar la unidad familiar. Así bien, mediante sentencia T-572 de agosto 26 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, se insistió en que la acción estatal de manera prioritaria, debe estar dirigida a la concisión de medidas que posibiliten a los padres el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales respecto a sus hijos, por lo cual la admisión de medidas de restablecimiento de derechos que generen el rompimiento del núcleo familiar, debe considerarse en un segundo plano.

5.4. Acorde con lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia de esta corporación, la procedencia de la adopción como medida de restablecimiento de derechos estará sujeta al cumplimiento del debido proceso y al agotamiento de todos los medios necesarios para asegurar el cumplimiento de derechos en la familia biológica de los niños, niñas o adolescentes, en aras de proteger la unidad familiar y sin que se logre obtener un resultado adecuado, en conclusión, la declaración de adoptabilidad será la última opción, cuando definitivamente sea el medio idóneo para protegerlos.

Sexta. Caso concreto.

De acuerdo con los planteamientos realizados y atendiendo la complejidad del asunto en cuestión, la Sala adopta la siguiente metodología de análisis para resolver el caso: (i) comparar los lineamientos descritos para llevar a cabo el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos con el realizado por el ICBF para resolver el asunto de los niños Sara, Ana, Juan y José, y (ii) revisar las circunstancias que llevaron a la imposición de la medida de protección inicial por el ICBF en relación con los niños y niñas.

(i) Parangón entre los lineamientos descritos por la Ley 1098 de 2006 y la Resolución 5929 de 2010 para llevar a cabo el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos efectuado por el ICBF para resolver el asunto de los niños Sara, Ana, Juan y José.

En primer lugar, se vislumbra que la autoridad que llevó a cabo el proceso goza de competencia por ser el Defensor de Familia de Chinchiná, Caldas. Así pues, la etapa de ingreso fue materializada mediante una denuncia anónima telefónica que recibió el ICBF, y por la cual se ordenó la apertura de investigación y por ende la verificación del estado de cumplimiento de los derechos de los niños, al igual que la práctica de pruebas que estimó

necesaria para establecer los hechos de la presunta vulneración y la notificación a los padres y al Ministerio Público.

Se encontró que la notificación del auto de apertura de la investigación, se surtió en debida forma en febrero 25 de 2010 (f. 43 cd. inicial), y que en el mismo se corrió traslado de cinco días para que la señora Lina se pronunciara y aportara las pruebas que deseara hacer valer.

Vencido el término de traslado, conforme a la norma, debe ser proferido el auto que fije la fecha para la audiencia de práctica de pruebas y fallo. Luego de cumplirse con la práctica de pruebas y la verificación completa de derechos por parte del equipo interdisciplinario, durante la audiencia fue declarada la vulneración de los derechos de los niños Sara, Ana, Juan y José, por ende, se declaró la situación de adoptabilidad, ya que se consideró improcedente el reintegro familiar porque la madre de los niños no cumplió sus compromisos de fortalecimiento de la familia extensa, la priorización en su economía de las necesidades básicas y el cambio en su estilo de vida. Finalmente, se surtió la notificación en estrados y no se llevó a cabo la homologación de la decisión debido a que la señora Lina no se opuso a la declaración de situación de adoptabilidad. Dicho esto, es posible concluir que el proceso administrativo se ajustó a lo dictado por las normas mencionadas en la parte considerativa de esta providencia.

(ii)Revisión de las circunstancias que llevaron a la imposición de la medida de protección inicial por el ICBF.

Al cierre de la etapa probatoria, el ICBF declaró la vulneración de los derechos de los niños Sara, Ana, Juan y José, por las siguientes razones:

Por concepto de la fundación para el desarrollo integral de la niñez, la juventud y la familia, FESCO, los niños debían mantenerse bajo la medida de protección, debido a que los resultados de las valoraciones psicológicas y sociales que se practicaron a la señora Lina, no fueron favorables.

El ICBF encontró que los encargados del cuidado, manutención y crianza de los niños, no reunían las condiciones de tipo personal, afectivo y moral. Indicó que la medida de protección provisional fue tomada en aras de evitar que se continuara la vulneración de los

derechos a la vida, a la calidad de vida, a un ambiente sano y la integridad personal de Sara y sus hermanos.

Para determinar la necesidad de decretar la situación de adoptabilidad como medida definitiva para el restablecimiento de derechos de los menores de edad, el ICBF aseveró que la señora Lina durante el proceso mejoró la receptividad a las recomendaciones brindadas pero, a su vez, demostró poca capacidad y reflexión, por ende, estimó que la señora no llegaría a estar en condiciones de asumir nuevamente el cuidado de sus hijos.

Al respecto, se observa que la adopción de la medida de restablecimiento de derechos, se fundamentó en una valoración razonable de las pruebas que obraban en el expediente, especialmente de los estudios psicológicos y sociales (fs. 13 a 20 cd. Corte):

“Previo al inicio de la medida de restablecimiento de derechos a favor de los niños... se habían instaurado varias denuncias por parte de la comunidad sobre la negligencia y condiciones irregulares de vida del grupo familiar propiciadas por figuras parentales, situaciones ante las cuales la Defensoría de Familia movilizó las redes existentes en la vereda de residencia de la familia, encargando del seguimiento a los compromisos adquiridos por sus progenitores a los agentes de la policía comunitaria de la estación local, cambios que se generaron de forma parcial y temporal, donde se destaca la inscripción de los niños en programas de prevención del Sistema Nacional de Bienestar Familiar: Desayunos y almuerzos escolares, raciones alimentarias, asistencia regular al establecimiento educativo, mejora en las pautas de autocuidado; no obstante las situaciones irregulares retornaron a la cotidianidad del grupo familiar dando lugar a la medida de restablecimiento de derechos a favor de los niños, situación que fuera reportada ante la autoridad competente por la red vecinal de la familia.

A partir de la verificación de la Garantía de Derechos que dio lugar a la ubicación de los niños en un hogar sustituto, se identificaron factores de vulnerabilidad en el medio familiar de origen relacionados con maltrato infantil, violencia intrafamiliar, negligencia, insatisfacción de necesidades básicas y de trascendencia, inadecuado manejo de recursos y distribución de los mismos; pues aunque el grupo familiar se beneficiaba con la solidaridad de la comunidad y la señora Lina contaba con un empleo temporal en los cultivos propios de la región, dichos recursos no fueron invertidos en pro del desarrollo de sus hijos, por el

contrario, agudizaron los factores de riesgo a los que permanecían expuestos los niños; entre ellos la permanencia durante largos períodos de tiempo solos sin la supervisión de un adulto y cuando el padrastro- presunto padre asumió el cuidado de éstos los expuso a situaciones de maltrato, por cuanto presenciaban escenas de violencia intrafamiliar entre las figuras cuidadoras y la exposición del consumo de sustancias psicoactivas por parte de los vecinos del sector que frecuentaban la vivienda.

Cabe destacar que la señora Lina fue beneficiaria durante la medida de restablecimiento de derechos a favor de sus hijos del subsidio de familias en acción con el que a través del trabajo en red se buscó ofrecer posibilidades concretas para contribuir a que aprovechara sus capacidades y desarrollara sus potencialidades para mejorar sus ingresos, recursos que han tenido un manejo inadecuado por parte de Lina, privilegiando con estos la participación en actividades de diversión: consumo de alcohol y asistencia recurrente a fiestas durante varios días a la semana. Igualmente se destaca el incumplimiento por parte de Lina del compromiso adquirido al inicio de la medida de restablecimiento de derechos a favor de sus hijos respecto del ahorro que iba a programar con dicho subsidio.

Dentro de las actividades propias del proceso de fortalecimiento de la familia se establecieron como estrategias para modificar las conductas de la señora Lina y el empoderamiento de las funciones propias de su rol parental, la participación en la escuela de padres y vinculación al proyecto de intervención de apoyo. Con la primera se buscó a través de diferentes actividades pedagógicas brindar una formación integral que le permitiera a la mencionada señora reconocer las dificultades existentes en la asunción de su rol parental y que contribuyeran a actuar en el cumplimiento de su compromiso familiar. Respecto a la intervención de apoyo se buscó la movilización de recursos que le posibilitaran garantizar el bienestar y desarrollo de sus hijos; no obstante su actitud en estos espacios no fue proactiva y se evidenció poca capacidad de reflexión y solución ante situaciones cotidianas; identificándose que pese a sostener una relación parentofilial mediada por un vínculo afectivo con sus hijos, antepone su historia de vida y gustos personales al ejercicio responsable de su rol parental en las funciones de cuidado, protección y formación; estilo de vida que ha expuesto a situaciones de riesgo para su desarrollo y bienestar con identificación negativa en el ámbito familiar haciendo de los niños vulnerables a la problemática social del contexto inmediato.

Adicional a todo lo anteriormente referido es importante resaltar que las decisiones adoptadas a través de las Resoluciones 045 de junio 22 de 2010, mediante la cual se declaró la vulneración de los derechos de los niños... y se confirmó la medida de protección inicialmente otorgada como fue de ubicación en hogar sustituto y la Resolución 055 de agosto 19 del mismo año a través de la cual se modificó la resolución anterior y en su lugar se declaró la situación de adoptabilidad... siempre tuvieron como insumos eficientes los varios informes reportados por los equipos interdisciplinarios adscritos a la defensoría de familia y que fueron puestos en conocimiento de los interesados a fin de que por los medios legalmente otorgados fueran controvertidos o al menos se diera una explicación de los hallazgos allí consignados, situación que el plenario administrativo no se presentó, pues la madre biológica de los niños, así como su red familiar extensa no se opusieron en aspecto alguno a las experticias arrimadas a las historias de atención, habiéndose garantizado por parte del despacho el derecho a la contradicción a través de la notificación que para tal efecto se realizaron.

Igual situación se presentó al momento de la realización de las audiencias de lectura de fallo de que trata el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, diligencias a las que fue citada de manera oportuna y legal a la madre de los protegidos, sin que ella a pesar de su presencia, se hubiera presentado recurso u oposición alguna, dejando discurrir los términos legales para presentar las inconformidades que considere la interesada, lo que produjo que las mismas causaran ejecutoria y cobraran firmeza las decisión allí adoptadas” (fs. 13 a 20 ib.).

Por lo expuesto, se concluye que en el trámite administrativo que decretó la adoptabilidad de los menores de edad, se respetó el derecho al debido proceso, como también que la medida de restablecimiento de derechos acogida era la más conveniente para realizar los derechos prevalentes de los menores. Además, se resalta que en comunicación de julio 17 de 2013, la Defensora de Familia del ICBF, Unidad Local de Chinchiná, informó que “la madre biológica de los niños... no se ha presentado a esta dependencia con el fin de indagar o interesarse por la suerte de sus hijos quienes han permanecido concedida de protección (hogar sustituto)... y a la fecha se desconoce el paradero de la señora Lina quien al parecer es habitante de la calle. Así mismo hago constar que ninguno de los miembros de la familia extensa de los niños ha comparecido a indagar por ellos (f. 31 ib.).

Por otra parte, con respecto a la búsqueda de familia extensiva, se evidenció que no tenían disposición para acoger a los menores de edad, por cuanto como lo expuso el Director Regional del ICBF, la accionante refirió a Camila su hermana de crianza, pero no aportó los datos precisos para establecer su condición socio familiar, además se intentó contacto telefónico sin tener resultados. Sostuvo que María (madre de crianza de Lina y biológica de Camila) descartó toda posibilidad de que su hija asumiera el cuidado de los niños, toda vez que la menor de edad Ana permaneció bajo su protección durante tres meses y no logró adaptarse a las condiciones de vida ofrecidas por este grupo familiar, además cuando los niños ingresaron al ICBF la señora María había ofrecido a Lina la posibilidad de volver a vivir en su casa, pero ella no aceptó la propuesta (fs. 13 a 20 ib.). También se intentó contacto con la abuela materna de los niños, la cual se mostró distante y sin interés por asumir el cuidado de sus nietos. Así bien, se concluyó que la red familiar extensa no era eficiente para asumir el cuidado de los niños.

Con relación al derecho a ser escuchados dentro del proceso administrativo, la menor Sara expresó su opinión frente a la posibilidad de ser adoptada. Al respecto, manifestó abiertamente su deseo de ser adoptada sola, sin compañía de sus hermanos, pues aprendió en el hogar biológico que los niños son su responsabilidad, lo cual fue analizado por el grupo interdisciplinario de la Defensoría de Familia, decidiendo la reubicación y permanencia de los tres hermanos menores en el mismo hogar sustituto y además garantizar el contacto del grupo de hermanos a través de los espacios de familias biológicas (fs. 13 a 20 ib.).

Así, acorde con las pruebas obrantes, es latente que aunque fue brindada orientación a la actora para generar cambios positivos en su estilo de vida y la concientización acerca de la necesidad de plantearse un proyecto de vida personal y familiar, ello no se concretó durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Por consiguiente, en aplicación del principio del interés superior de los niños, se concluye que conservar la declaratoria de situación de adoptabilidad a los menores de edad, satisface en mayor grado su desarrollo integral y la garantía de todos sus derechos fundamentales.

Por todo lo expuesto, se confirmará la sentencia proferida en mayo 4 de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala de Decisión Civil Familia, que confirmó a su vez el fallo de marzo 23 de 2011 dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná, Caldas, que negó la tutela invocada por Lina, en nombre propio y de sus hijos. En

consecuencia, se ordenará el levantamiento de la medida provisional prevista en el auto de octubre 6 de 2011, dentro del proceso de revisión.

Finalmente, es necesario resaltar que el presente caso era para resolverse con prontitud, lo cual no se había podido cumplir en razón a varias circunstancias, entre ellas, la ingente cantidad de asuntos que congestionan este tribunal, pese a lo cual, la Sala Sexta de Revisión se permite presentar a la accionante una disculpa por la tardanza registrada en la elaboración y aprobación de esta sentencia de tutela.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos que se había dispuesto en la presente acción.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia proferida en mayo 4 de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala de Decisión Civil Familia, que confirmó a su vez el fallo de marzo 23 de 2011 dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Chinchiná, Caldas, que NEGÓ la tutela invocada por Lina, en nombre propio y de sus hijos.

Tercero.- En consecuencia, ORDENAR el levantamiento de la medida provisional prevista en el auto de octubre 6 de 2011, dentro del proceso de revisión de la acción de tutela instaurada por Lina, en nombre propio y de sus hijos, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA T-376/14

DERECHO DE LOS MENORES DE DIECIOCHO (18) AÑOS A SER ESCUCHADOS-Debió tenerse en cuenta la opinión de los menores de edad inmersos en el proceso (Aclaración de voto)

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN PROCESOS DE ADOPCION-Tardanza en proferir sentencia ahondó la vulneración de los derechos fundamentales de los niños (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-3.087.194

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Aclaro el voto en la ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, acogida por la mayoría de la Sala Sexta de Revisión, ya que aunque comparto la decisión de confirmar la actuación administrativa adelantada por el ICBF, considero que en el caso concreto debió reiterarse la

importancia de que en este tipo de procesos se tenga en cuenta la opinión de los menores de edad, pues, si bien en el proyecto se hizo alusión a este derecho, no se analizó en particular frente a los hermanos de Sara.

De otro lado, quisiera dejar constancia acerca de mi preocupación por el amplio lapso que transcurrió entre el momento en que el expediente fue repartido al despacho del magistrado sustanciador, 8 de julio de 2011, y la fecha en que se registró el proyecto de fallo, 12 de junio de 2014, para analizar la presunta vulneración de los derechos invocados y la fecha en que, posteriormente, fue remitido para la firma del suscrito magistrado, esto es, el 26 de noviembre de los corrientes, máxime cuando la Defensora de Familia del ICBF, Unidad Local de Chinchiná, informó que (i) la madre biológica de los niños no volvió a presentarse a la Defensoría para indagar sobre la situación de sus hijos; (ii) los niños siguen bajo medida de protección consistente en ubicación en hogar sustituto; (iii) se desconoce el paradero de la madre, quien presuntamente es habitante de la calle y, (iv) ningún miembro de la familia extensa se ha acercado a indagar por la situación actual de los menores de edad.

En mi sentir, todo lo anterior ahondó más la vulneración de los derechos fundamentales de los niños y niñas en favor de quienes se instauró la presente acción de amparo, lo que impuso la necesidad de un pronunciamiento adicional de la Corte Constitucional acerca del reconocimiento de la tardanza en proferir la decisión a que había lugar, sobre todo, cuando está comprometido el desarrollo integral de menores de edad.

De esta manera, expongo la razón que me lleva a aclarar el voto con respecto a la decisión que se adoptó en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] Cfr. T-420 de septiembre 9 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU- 337 de mayo 12 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-1390 de octubre 12 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-510 de junio 19 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-639

de agosto 4 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-794 de septiembre 27 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T- 302 de abril 3 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-617 de agosto 5 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-002 de enero 11 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez y T-453 de julio 15 de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre muchas otras.

[2] En la actualidad los menores cuentan con las siguientes edades: Sara (13 años), Ana (10 años), Juan (9 años) y José (7 años).

[3] Los comisarios de familia, en los lugares donde existen defensores de familia, solamente pueden ocuparse de casos de violencia intrafamiliar. En los lugares donde no existan tales defensores, conocen de cualquier amenaza o vulneración de los derechos de los niños y pueden tomar cualquier medida de restablecimiento de derechos, salvo la declaración de adoptabilidad del niño.

[4] Cfr. T-094 de febrero 26 de 2013, ya citada.